

junio 2015

establece los principios generales que guían la política migratoria en su conjunto, como el respeto por los derechos humanos; la repudia a la xenofobia y a la discriminación social; la no criminalización de los inmigrantes; un trato igualitario entre los extranjeros y los ciudadanos nacionales; y el desarrollo de políticas públicas para la integración de los migrantes en el mercado laboral.

Pero lo más importante es que el anteproyecto incluye provisiones² que permiten conceder visados temporales con fines humanitarios también en casos que afecten a ciudadanos de cualquier país o a personas apátridas que se enfrenten a conflictos internos, catástrofes, situaciones de crisis o graves y generalizadas violaciones de los derechos humanos que estén consideradas como tales por el Gobierno brasileño. Al admitir las catástrofes como una de las razones para optar a un visado humanitario, el anteproyecto establece de forma indirecta la categoría de migrantes por razones medioambientales, innovando en este terreno y llenando un vacío considerable no solo en el Derecho nacional sino también en el internacional. También se puede conceder el visado provisional con fines humanitarios dispuesto en el anteproyecto a menores no acompañados que sean inmigrantes y con el fin de llevar a cabo la reunificación familiar. Su redacción parece lo suficientemente amplia como para permitir que cualquier víctima a gran

escala de desastres medioambientales reúna los requisitos para optar a un visado humanitario, independientemente de su país de origen.

A pesar de ser una iniciativa local, el anteproyecto sigue una tendencia regional. En diciembre de 2014 Brasil acogió el encuentro Cartagena +30 para celebrar el 30 aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984³. En la Declaración de Brasil y el Plan de Acción adoptado en esa reunión se hace mención explícita de la migración de origen climático como una preocupación. La aprobación del Anteproyecto de Ley brasileño contribuirá a abordarla a la vez que se llenará un vacío legal que afecta a los migrantes medioambientales de todo el mundo.

Isabela Piacentini de Andrade es profesora de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad de Positivo.
isabelapiacentini@gmail.com
www.up.edu.br

Quisiera reconocer la ayuda que me han prestado las siguientes personas a la hora de redactar este artículo: Ana Julia Passuello Miranda, Kaline Natascha Netzel y Nathalia Schuster Reis.

1. Véase también www.fmreview.org/es/estadosfragiles/ponthieuderderian
2. Artículos 3 y 44.
3. Véase Carlos Maldonado Castillo 'El proceso Cartagena: 30 años de innovación y solidaridad' en la página 89-91

Desastres, desplazamiento y un nuevo marco en las Américas

David James Cantor

Existe una sorprendente variedad de ejemplos positivos de legislación, política y práctica nacionales en toda las Américas que los Estados han utilizado para responder a las consecuencias migratorias de los desastres.

En las Américas, como en otros lugares del mundo, actualmente no existen normas universales o regionales para determinar si los migrantes o personas desplazadas que han sido afectados por un desastre en su país tienen derecho a viajar o ser admitidos, o permanecer en el territorio de otro Estado.

Existen dos tipos de movimientos de población en los países de las Américas afectados por desastres de abrupta aparición. En primer

lugar, hay migraciones apresuradas y con frecuencia temporales a través de las fronteras terrestres, para evitar un desastre o sus consecuencias negativas más inmediatas ("desplazamiento transfronterizo"). En segundo lugar, hay migraciones de más largo plazo a través de una mayor distancia provocadas por un gran daño causado por un desastre, incluyendo la infraestructura ("desplazamiento en el extranjero"). Ambos flujos tienden a darse desde los países

más pobres de la región y siguen las rutas migratorias tradicionales de esa nacionalidad.

Un estudio en las Américas sobre el problema aparentemente inextricable de desarrollar respuestas legales adecuadas para el desplazamiento transfronterizo en el contexto de los desastres causados por fenómenos naturales, se llevó a cabo en un taller patrocinado por la Iniciativa Nansen en febrero de 2015, al cual asistieron representantes de once Estados Miembros de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM)¹.

El estudio de la Iniciativa Nansen no busca inferir un marco legal aplicable a partir del derecho internacional vigente, más bien es una revisión pragmática de la legislación, políticas y prácticas nacionales en las Américas, con el fin de evaluar cómo enfrentan las necesidades de protección y asistencia de las personas desplazadas afectadas por un desastre en la actualidad, o lo que harían ante con un foráneo (ciudadano extranjero) en esta situación. Además, el estudio no limita la investigación solo a los derechos humanos o al derecho de protección de los refugiados, sino que los considera dentro de la amplia diversidad de leyes nacionales sobre migración de cada país.

La legislación de migración como herramienta principal

Es evidente que la mayoría de los Estados de la región considera la ley de migración (en lugar del derecho de los refugiados), como la principal herramienta para responder a la situación de los extranjeros afectados por los desastres. Estas situaciones pueden surgir con las personas que huyen de un desastre ocurrido en su propio país y buscan permiso para viajar, entrar o permanecer en otro país. Igualmente, un desastre en el extranjero puede afectar a las personas que no son nacionales y que están presentes en el territorio de un tercer país afectando su situación migratoria o volviendo insegura su deportación. Por último, los extranjeros se enfrentan a vulnerabilidades particulares en el caso de que ocurra un desastre en el país en el cual están presentes.

En muchos casos, los Estados de las Américas facilitan el viaje, la entrada y/o la estancia de extranjeros en sus territorios mediante la aplicación de categorías de migración regular, con el fin de que las personas afectadas puedan beneficiarse de una condición migratoria estable, en la medida de lo posible. Por ejemplo, pueden llevar a cabo la consideración sin

demora de las solicitudes migratorias o eximir, por razones humanitarias, del requisito de las normas migratorias (por ejemplo, relacionadas con la estancia como estudiante o como miembro de la familia) a las personas afectadas por los desastres en el extranjero.

Para aquellas personas afectadas por un desastre y cuya situación migratoria no pueda resolverse fácilmente con la aplicación de categorías migratorias regulares, muchos Estados de la región pueden recurrir a categorías migratorias excepcionales en sus legislaciones nacionales con el fin de permitir el viaje, entrada o estancia. Estas categorías tienden a conferir una forma más precaria y temporal de estadía que la conferida por las categorías regulares, y con frecuencia se requiere un permiso para poder trabajar. A pesar de esto, estas categorías juegan un papel útil para responder a las consecuencias inmediatas de un desastre.

En estos contextos, la concesión de un permiso para viajar, entrar o permanecer en el país, usualmente se basa en cierta forma de discrecionalidad en la toma de decisiones que un funcionario del Estado ejerce por motivos humanitarios. Frecuentemente la ley confiere este poder en términos generales, no específicos. Sin embargo, en varios países de las Américas, la ley y/o la política nacional expresamente mencionan los desastres como fundamento por el cual esta discrecionalidad normalmente debe ejercerse positivamente.

En este sentido, los funcionarios estatales en las Américas han solicitado que se les proporcione una orientación clara sobre cuándo debe ejercerse positivamente esta discrecionalidad humanitaria en la ley de migración para el beneficio de migrantes que huyen de desastres. Como respuesta, los participantes del taller de la CRM recomendaron desarrollar una Guía de Prácticas Efectivas sobre la admisión y estadía para el desplazamiento a través de las fronteras en el contexto de desastres (en resumen, una Guía de Prácticas Efectivas). A partir de las prácticas regionales, tal guía podría basarse en el principio de que la discrecionalidad humanitaria normalmente debe ejercerse positivamente cuando un extranjero ha sido personal y gravemente afectado por un desastre en el extranjero.

Sin embargo, existen múltiples situaciones en las que el ejercicio negativo de esta discrecionalidad

junio 2015

humanitaria se debe ejercer dentro de los límites estrictamente definidos. Para los migrantes por motivos de desastres, esto sucede con más frecuencia en relación con las decisiones de admisión y de no deportación. Así, por ejemplo, cuando el efecto de la decisión negativa pudiera exponer al migrante a un riesgo real para su vida o para su seguridad personal debido al desastre o a sus consecuencias, entonces el ejercicio negativo de la discrecionalidad sería contrario a las normas vinculantes de derechos humanos. En estos casos, la discrecionalidad “debe” en lugar de “debería” ejercerse de forma positiva.

El impacto migratorio de los desastres puede manifestarse no sólo para los migrantes del país afectado, sino también para los migrantes que viven en un país afectado por un desastre (por ejemplo, los migrantes centroamericanos en los Estados Unidos durante el huracán Katrina).

Una Guía de Prácticas Efectivas podría por tanto basarse en la práctica existente en las Américas, para realizar recomendaciones específicas sobre las formas en las que a estos migrantes se les debe proporcionar una consideración especial durante los esfuerzos de socorro. Este desafío es particularmente crucial para los migrantes indocumentados o irregulares, principalmente si están en tránsito hacia otro destino.

La función del derecho de los refugiados

Sobre la cuestión de la protección en virtud del derecho de refugiados para los migrantes por motivos de desastres, los Estados de las Américas generalmente no consideran un desastre causado por peligros naturales como un motivo para reconocer la condición de refugiado. Actualmente Cuba es la única excepción a esto, ya que su legislación nacional sobre migración incluye entre los refugiados a aquellos que huyen de su país debido a “desastres naturales u otros tipos de catástrofes”.

Aún así, en las Américas se reconoce que la destrucción provocada por desastres puede generar riesgos de persecución y/o interrumpir la protección nacional en el Estado afectado, como paso en Haití después del terremoto de 2010. Una Guía de Prácticas Efectivas podría sugerir que las cuestiones relativas al ingreso, a la no deportación y la estancia para algunos migrantes por motivos de desastres se pueden resolver mediante referencia al derecho de los refugiados y a las leyes nacionales de protección complementaria.

El papel de la cooperación regional

Los órganos regionales y subregionales en las Américas desempeñan un papel en la promoción de la adopción de medidas migratorias especiales por motivos humanitarios por parte de sus Estados Miembros; donde tales prácticas ya existen, éstas han sido alentadas o apoyadas. Basado en esto, una Guía de Prácticas Efectivas puede incluir diversas propuestas sobre cómo pueden utilizar la CRM los Estados Miembros para desarrollar un enfoque legal más coordinado y cooperativo cuando las consecuencias migratorias de un desastre tienen un impacto grave en uno o más Estados de la CRM.

La adopción de esta guía por parte de la CRM a finales de este año, puede posicionar a la organización como líder mundial en la respuesta a las consecuencias humanitarias de los desastres. Además, tal guía ofrecería un interesante nuevo modelo para los Estados de las Américas –y tal vez en otras regiones del mundo– para resolver este desafío humanitario.

En general, el estudio de la Iniciativa Nansen identifica un importante conjunto de legislación, política y práctica nacionales vigente en materia de migrantes afectados por desastres en las Américas. La promoción de una aplicación coherente y armonizada de estos marcos nacionales en el contexto de los desastres en la actualidad puede ser más efectiva que intentar sustituirlos por un nuevo derecho internacional de “protección”.

David James Cantor es el Director de la Iniciativa de Derecho de Refugiados, Escuela de Estudios Avanzados, Universidad de Londres.

David.Cantor@london.ac.uk

www.sas.ac.uk/hrc/projects/refugee-law-initiative

El autor investigó y redactó el estudio de la Iniciativa Nansen y el documento de discusión gracias al generoso apoyo de la beca Future Research Leaders del Consejo de Investigación Económica y Social [número de beca ES/K001051/1].

1. Cantor DJ (2014) *Existing State Law, Policy and Practice on Temporary Protection Mechanisms for Natural Disasters: States of the Regional Conference on Migration and Others in the Americas* [Leyes estatales existentes, políticas y prácticas sobre mecanismos provisionales de protección ante los desastres naturales: los Estados de la Conferencia Regional sobre Migración y otros en las Américas], Iniciativa Nansen.

La CRM está compuesta fundamentalmente por Estados de América Central y América del Norte: Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.